آليات التحوط
في العمليات المالية الإسلامية

ورقة مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

الدكتور

محمد علي القري

جامعة الملك عبد العزيز – جدة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ...

أما بعد :

١ – التحوط في اللغة :

الحياطة في اللغة هي الرعاية يقولون يتحوط أخاه حيطة حسنة أي يتعهده ، ويهتم بأموره ، وحاطه كلأه ورعاه ، وحوطه بنى حوله حائطاً .

وفي الاصطلاح المالي : التحوط تبني الإجراءات والترتيبات واختيار صيغ العقود الكفيلة بتقليل المخاطر إلى الحد الأدنى مع المحافظة على احتمالات جيدة للعائد على الاستثمار .

ومن معانيه في المصطلح المالي : استراتيجية الغرض منها التخلص من أو إلغاء المخاطر التي تكون خارج نطاق النشاط الرئيسي أو خارج مجال الاستثمار المستهدف .

١/أ – مفهوم التحوط وصناديق التحوط :

هناك أنواع من الصناديق تسمى صناديق التحوط ، غرضها ليس التحوط بالمعنى الذي أشرنا إليه أعلاه بل بالعكس من ذلك ، غرضها هو تحمل نخاطر عالية لتحقيق أرباح عالية ولذلك يجب الانتباه إلى عدم الخلط بين الأمرين .

٢ – هل وجود " الخطر " ضروري لتحقيق المشروعية ؟

كثيراً ما نسمع من المتخصصين في المصرفية الإسلامية وبعض أعضاء الهيئات الشرعية بأن وجود " الخطر " متطلب أساسي لتحقيق المشروعية في المعاملات المالية ، وأن المعاملة التي " تفرغ " من المخاطر هي مظنة عدم المشروعية وأنها " صنو الربا " ، وأن وجود الخطر فرق أساسي بين القرض الربوي والمضاربة والمشاركة وأن من حكم تحريم الزيادة في القرض أنها ربح لا يقابله مخاطرة .. إلى آخر ذلك من المقولات المعروفة .

هذا القول يعني أن الربح أو العائد من الاستثمار يجب أن يكون أمراً احتمالياً غير مؤكد الوقوع وإلا كانت المعاملة (بناء على هذا النظر) غير مشروعة ، أو هي مظنة عدم

المشروعية ، ومعتمدهم في ذلك كله قاعدة : (الخراج بالضمان) المستمدة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] . وهذا كلام يحتاج نظر وتأمل من جوانب :

الأول : لا سبيل إلى إلغاء الخطر فالقول بأن الاستثمار الذي يخلو من المخاطر غير مشروع لا معنى له ؛ لأن مثل هذا الاستثمار غير موجود أصلاً . حتى القرض الموثق برهن فيه مخاطرة والضمان والرهن فيه لا يلغيان احتمال موت المدين وهلاك الرهن والقوة القاهرة ... إلخ .

الثاني : إن الضمان المذكور في الحديث يختلف في معناه عن الخطر بالمفهوم المالي إذ هو يقتصر على ما يقع على السلعة محل العقد مثل الهلاك وليس له تعلق بالبيئة المحيطة بتلك السلعة مثل تقلب الأسواق أو تغير سعر العملة . ونحو ذلك وهي جميعاً مخاطر معتبرة .
قال في المغني : " الخراج بالضمان " يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له [2] ، والخراج " ما يحصل من غلة العين المبتاعة " وقال

---

(1) أخرج الشافعي وأحمد وأصحاب السنن والحاكم من طريق عروة عن عائشة أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب وجده فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم برده بالعيب فقال المقضي عليه قد استغله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان " .
وقد اختلف الفقهاء في سند الحديث وفقهه ، فالحديث صححه ابن القطان كما قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ونسب إلى الزركشي قوله : هو حديث صحيح .
وأما ابن حزم فقد قال عن هذا الحديث : " لا يصح " وقال ابن العربي في تحفة الأحوذي " والخراج بالضمان " ليس حديثاً مروياً وإنما هو خبر على أمر وقع لا يعلم بقيته ولا يصح سنده . وقال في القبس على موطأ ابن أنس : " الخراج بالضمان " حديث لا يصح .
وقاعدة الخراج بالضمان ليس مستندها هذا الحديث فحسب ، فقد استدل من قال بها بما روى ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل بيع ما ليس عندك ولا ربح ما لم يضمن " . وبما روى البيهقي من حديث عطاء بن صفوان بن يعلى عن أمية عن أبيه ، قال : استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد على أهل مكة فقال : " إني أمرتك على أهل الله بتقوى الله لا يأكل أحد منكم من ربح ما لم يضمن .. الحديث " .
ومن الفقهاء من قصر معنى الحديث على الطعام ، فقد سئل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه عن ربح ما لم يضمن ، فقال : " لا يكون عندي إلا في الطعام يعني ما لم يقبض ، قال إسحاق : كما قال في كل ما يكال ويوزن " .
(2) المغني ج٨ ص ٢٧٣

بعضهم : " الخراج مستحق بالضمان أي بسببه " [٣] ، وفي التاج والإكليل : " الخراج بالضمان معناه أن المشتري الذي اغتله لو هلك في يديه كان منه وذهب الثمن الذي نقد فيه فالغلة له بضمانه " [٤] .

فما ورد بشأن الخراج بالضمان في كلام الفقهاء إنما يتعلق بالنماء المتصل بالمبيع أو المتولد منه كالمنافع ونوها ، ولا يتعلق بالخطر بمعناه المالي وهو احتمال وقوع الخسارة .

معنى الخراج بالضمان إنما يتعلق بنوع محدد من المخاطر وهي المخاطر المتصلة بسلامة المبيع وليس احتمال وقوع الخسران في التجارة ، ووجدنا في كلام الفقهاء إشارات تدل على أن مسائل الخطر بمعناه المالي (أي احتمال وقوع الخسران) لا يندرج عندهم تحت قاعدة الخراج بالضمان .

والثالث : إن هذه القاعدة (أي الخراج بالضمان) غير مطردة .

أ- ظاهر مذهب أحمد أن الثمار إذا تلفت قبل تمكن المشتري من جذاذها كان من ضمان البائع ؛ مع أن ظاهر مذهبه أنه يجوز للمشتري التصرف فيها بالبيع وغيره ، فيجوز تصرفه مع كون ضمانها على البائع " ، فهذا ربح بلا ضمان ومخالف لقاعدة الخراج بالضمان ، ولكنه ليس نماء متصلاً بالمبيع وإنما هو الخطر بمعناه المالي فلم يمنع .

ب-يجوز عند مالك بيع الدين ممن ليس هو عليه وهو رواية عن أحمد مع أن الدين ليس مضموناً على المالك ، جوزوا هذا مع ما فيه من ربح بلا ضمان ، ولكن الخطر فيه هو الخطر بمعناه المالي .

ت-جوز النبي صلى الله عليه وسلم أن يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره مع أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع وكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري " .

ث-المنافع في الإجارة والثمرة قبل القطع ، فإنه قد ثبت بالسنة الصحيحة التي لا معارض لها وضع الثمن عن المشتري إذا أصابتها جائحة ومع هذا يجوز التصرف فيها ولو تلفت لصارت مضمونة عليه بالثمن الذي أخذه كما هي مضمونة له بالثمن الذي دفعه .

([٣]) عون المعبود ج٨ ص ٣

([٤]) التاج والإكليل ج٩ ص ١٨٧ .

ج- في مسألة من وجد متاعه عند مفلس ، اختلفوا ، والأشهر في المذهب الحنبلـي كمـا أورد صاحب المبدع [٥] ، أن الرواية عن أحمد أن الزيـادة للمشـتري المفلـس لأن الزيادة حصلت والأصل في ملكه .

٣- أدوات التحوط في المعاملات التقليدية :

هناك أربعة عقود تمثل في المعاملات التقليدية ما يسمى بالاحتماء ، وهي عقود الاختيـارات (الخيارات المالية) والبيع الآجل ، والمستقبليات ، والمقالبات .

١/١ الاختيارات

عقد الخيار المالي هو عقد يلتزم من خلاله طرف بشراء (أو بيع) أصل من الأصول بـثمن محدد في تاريخ محدد (أو خلال فترة محددة) مقابل رسم ، ويكون الطرف الآخـر (دافـع الرسم) بالخيار إن شاء باع (اشترى) وإن شاء لم يفعل .

على ذلك فهو حق شراء أو حق بيع يشتريه الإنسان فيتمتع بذلك مقابل رسم ويلتزم الطـرف الآخر لرغبة دافع الرسم .

فإذا كنا نتوقع ارتفاع أسهم شركة معينة ونحب أن نستفيد من هذا التوقع ولكننـا نخشـى إذا اشترينا هذه الأسهم اليوم لبيعها غداً والحصول على الفرق في السعر أن هذه الأسهم لا ترتفع أو ربما ينخفض سعرها . فهل من سبيل إلى حماية أنفسنا من خطر الانخفاض والاستفادة من فرصة الارتفاع ؟ يمكن ذلك عن طريق شراء عقد اختيار ، يلتزم فيه الطرف الآخر (مقابل رسم) بأن يبيع علينا تلك الأسهم بسعر متفق عليه (هو السعر السائد الآن) مع عدم التزامنا بالشراء . فإذا تحققت توقعاتنا ، اشترينا تلك الأسهم بذلك السعر ثم بعناها بالسعر السائد الجديد (المرتفع) وحصلنا على الفرق الذي يمثل الربح لنا . كما يمكن لنا عندما نتوقـع انخفـاض أسعار أسهم نملكها ونريد أن نحمي أنفسنا من ذلك بينما نحتفظ بملكيـة تلـك الأسـهم (أو الأصول) أن ندخل في عقد اختيار يلتزم فيه الطرف الآخر (البائع للخيار) بأن يشتري منه هذه الأسهم بسعر نتفق عليه (السعر السائد اليوم) دون التزام منا بالبيع . ولذلك يمكـن لنـا خلال أجل الخيار الاطمئنان إلى أنه في حالة انخفاض السعر سوف لن نتأثر بذلك ، وفي حالة ارتفاعه نستفيد من ذلك بتحقيق الربح .

---

(٥) المبدع ج٤ ص ٣١٨ .

٢/١ البيع الآجل :

وفيه يجري بيع آجل في المستقبل بسعر يتحدد اليوم فيلتزم الطرفان بالبيع والشراء بثمن محدد إلا أنه عقد غير ناجز إذ إن أثاره من قبض الثمن وتسلم المبيع لا تحصل إلا عنـــد التـــاريخ المتفق عليه المؤجل . ويمكن من خلال هذا العقد الاحتماء من أثر تغير الأسعار . فـــإذا كنـــا نحتاج إلى مليون ليرة إيطالية بعد ستة أشهر ونواجه خطر ارتفاع أسعارها في ذلك التـــاريخ عنه اليوم فإنه يمكننا أن ندخل في عقد بيع آجل كما ذكرنا . فإذا حل الأجل دفعنا الثمن المتفق عليه في العقد (بصرف النظر عن السعر السائد عندئذ) وقبضنا الليـــرات . وعقـــود البيـــع الآجل عقود مباشرة تحصل بالتفاوض بين الطرفين . ويمكن أن تقع علـــى أي أصـــل مـــن الأصول أو السلع أو النقود والمعادن الثمينة .

٣/١ المستقبليات :

يشبه عقد المستقبليات عقود البيع الآجل ، لكنه يختلف عنه في أمور :

١- فهو عقد نمطي يحدد فيه نوع السلعة وكميتها وتاريخ تسليمها وترك الســـعر لكي يتحدد بفعل قوى العرض والطلب .

٢- أن تجري في أسواق منظمة مخصصة لذلك بطريقة المزايدة .

٣- أن العلاقة بين طرفيها ليست مباشرة إذ تفصل بينهما دائماً غرفة المقاصـــة التي تكون البائع (أمام المشتري) والمشتري (أمام البائع).

٤- وهي عقود يومية إذ يقع تصفية جميع العقود يومياً لتحديد الثمن .

٥- ولا يلتزم المشتري بأن يدفع الثمن كاملاً بل يلتزم في كل يوم بدفع الفرق بين ثمن شرائه للسلعة التي هي محل العقد وسعرها الذي يسدد في ذلك اليـــوم ، فإذا انخفض السعر كان له أن يسترد من غرفة المقاصة جزءاً مما دفع سابقاً . فإذا حل الأجل كان للمشتري أن يقبض السلعة التي اشتراها بحسب الكميات والوصف . إلا أن بإمكانه دائماً الخروج من ذلك والاكتفاء بقبض الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع قبل حلول الأجل وذلك بالبيع .

ولذلك لا ينتهي إلى القبض إلا نسبة ضئيلة من هذه العقود إلا أن فعاليـــة المســـتقبليات فـــي الحماية من خطر التقلب في الأسعار واضحة وذلك أن منتج القمح الذي يتوقع أنه سيكون لديه

١٠٠٠ أردب من القمح عند الحصاد يستطيع أن يبيعها الآن في سوق المستقبليات فيحمي نفسه دون الحاجة إلى دفع مال أو الالتزام ببيع تلك الحبوب .

٤/١ عقود المقالبة :

يمكن من خلال عقود المقالبة الاحتماء من خطر تغير سعر الصرف الأجنبي أو تغير أسـعار الفائدة دون الحاجة إلى تغير سياسة المنشأة تجاه مصادر تلك المخاطر . ويـتم مـن خـلال المقالبة تبادل التدفقات النقدية المستقبلية بن مؤسستين . فإذا قام أحد البنوك بإقراض العميـل قرضاً ذا فائدة ثابتة لمدة خمس سنوات ، فإنه يستطيع الدخول في عقد مقالبة يتبـادل خـلال تدفقات الفائدة الثابتة (دون رأس المال) مع مصرف آخر مقابل الحصول على تدفقات فائدة متغيرة . ومن ثم يستطيع حماية نفسه من خطر التقلب في سعر الفائدة دون الحاجة إلى بيـع كامل القرض . كما يمكن لشركة أمريكية باعت بضائع بالأجل إلى عميل أمريكـي . فتأخـذ الشركة الأمريكية مدفوعات الدولار وتتنازل من مدفوعات الين . فتحمي كلا الشركتين نفسها من خطر تغير سعر الصرف دون الحاجة إلى قصر نشاطها في بلدها فقط .

كيف يؤدي استخدام أدوات التحوط إلى (إلغاء) أو تقليل المخاطر :

تعد أقدم أنواع التحوط هي تلك التي استخدمها (ولا يزال يستخدمها) منتجو السلع الأولية وذلك لدرء مخاطر تقلبات الأسعار ، والمثال التالي يوضح :
يقوم عمل مصنع السكر على شراء خام السكر ثم تكريره ثم بيعه سلعة صالحة للاستهلاك . والربح الذي يحققه هذا المصنع معتمداً اعتماداً كلياً على الفرق بين سعر طن السكر الخام وطن السكر المكرر ، ومن المعلوم أن سوق السكر سوق عالمية وأن سعري السكر المذكورين مترابطان بمعنى أن انخفاض سعر الخام ينعكس مباشرة على أسعار السكر المكرر .

وهذا يعني أن المصنع يتحمل مخاطر عظيمة فلو أن المصنع عندما بدأ الدورة الإنتاجية كان سعر الطن من السكر الخام ١٠٠ دولار ، وسعر طن السكر المكرر ١٨٠ ، فإذا كانت تكلفة التكرير للطن الواحد هي ٤٠ دولار فإن المصنع يعرف أنه يحقق إيراداً صافياً قدره ٤٠ دولاراً للطن الواحد . ولكن هذا صحيح فقط في حالة استمرار سعر السكر المكرر عند هذا المستوى من تاريخ شراء الخام إلى تاريخ بيعه مكرراً . فلو أن السعر انخفض بعد شراء الخام بسعر ١٠٠ دولار انخفض من ١٨٠ دولاراً إلى ١٢٠ دولاراً فلا سبيل أمام هذا المصنع إلا تحمل خسارة مقدارها ٢٠ دولاراً للطن وهي خسارة ربما يترتب عليها إغلاق المصنع ولاسيما إذا كان حجم الإنتاج كبيراً وطاقة المصنع عالية .
فماذا يفعل المصنع لتفادي هذا الخطر ؟
في اللحظة التي يقوم بها المصنع بشراء طن من السكر الخام بسعر ١٠٠ دولار يقوم مباشرة بعملية بيع قصير (أي بيع سلعة لا يملكها) هي عبارة عن بيع طن السكر المكرر بسعر (على سبيل المثال) ١٦٠ دولاراً . لقد ألغى المصنع بهذا الترتيب مخاطر تقلب الأسعار عندما تتم عملية التكرير فإن السعر الجاري في السوق إنما يكون ١٦٠ أو أكثر أو أقل .
فإذا كان السعر أكثر من ١٦٠ دولاراً فإنه وإن فوت على نفسه فرصة الحصول على سعر ١٨٠ دولاراً إلا أنه حمى نفسه من انخفاض السعر . وإذا كان السعر أقل من ١٦٠ فإن فكرة الحماية تكون أوضح لأنه يكون قد ضمن سعر ١٦٠ المحقق للربح مع كون الأسعار السوقية أقل من ذلك .

طبعاً الواقع أكثر تعقيداً من هذا المثال البسيط لأن ما يقع فعلاً هو إمكانية الدخول في عقـود أخرى يتم من خلالها التخلص من العقد السابق قبل أدائه ومن ثم الاستفادة من ارتفاع الأسعار حتى مع وجود الحماية من انخفاضها .

(يمكن لهذا المصنع أن يحمي نفسه عن طريق الدخول في عقد خيار مالي ولكن هذا موضوع يخرج عما نحن بصدده) . وهذا أمر معهود في الدول الغربية في كثير من الصناعات .

مشروعية التحوط بالآليات المشروعة

إذا قلنا إن الخطر في الاستثمار هو احتمال وقوع المكروه فإن الذي يظهـر لنـا أن تخفيـف المخاطر والتوقي منها بالآليات المشروعة ليس أمراً مباحاً فحسب بل هو مندوب إليه لأن فيه حفظاً للمال ، وحفظ المال من مقاصد الشريعة الإسلامية [٦] ، وهذه الإجراءات نتيجتها حفظ ماله من الضياع وإبعاده عن ركوب المخاطر بلا حساب طلباً لمزيد من الأرباح التي يكـون احتمال تحققها متدنياً ، فإذا اتخذ الإنسان الوسائل ضمن نطاق المباح من العقود والإجـراءات لغرض تقليل المخاطر فإن عمله هذا جارٍ على مقاصد الشريعة .

والتوقي من المخاطر في الاستثمار وتخير أفضل الإجراءات والشروط والعقود هو من عمـل الناس من القديم ، فقد ورد في سنن البيهقي وفي مجمع الزوائد : أن العباس بن عبد المطلـب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليـه وسلم فأجازه [٧] .

وقد تحدث بعض الفقهاء عن آليات مشروعة للتوقي من المخاطر . ورد مثل ذلك في الفتاوي لابن تيمية . قال – رحمه الله تعالى – : " ... فالمساقاة والمزارعة تعتمد أمانة العامل وقـد

([٦]) ولا يقتصر مقصد حفظ المال على الإجراءات والأحكام العامة مثل قطع يد السارق والحجر على السفيه وإيجاب الضمان على المعتدي بل إن الأدلة واضحة على واجب التصرف بالأموال بالطريقة التي تبعدها عن الضياع منها منع إنفاق المال في الوجوه غير المشروعة والدعوة إلى تنمية المال واستثماره ومنع اكتنازه وحبسه عن التداول ، ومن جهة أخرى الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن في الديون كل ذلك ثمرته حفظ المال وإبعاده عن خطر الهلاك والضياع .

([٧]) بدائع الصنائع ج١٣ ص ١٥٠ .

يتعذر ذلك كثيراً فيحتاج الناس إلى المؤاجرة التي فيها مال مضمون في الذمة ولهذا يعدل كثير من الناس في كثير من الأمكنة والأزمنة عن المزارعة إلى المؤاجرة لأجل ذلك " [٨] ، والمسألة واضحة فالمزارعة والمساقاة من عقود الأمانة ولذلك يتعرض صاحب الأرض إلى ما يسمى " المخاطر الأخلاقية " أي خيانة العامل ، ولذلك يتجهون إلى المؤاجرة حتى يكون المال مضموناً غير متأثر بنتائج العملية الزراعية . ثم أضاف – رحمه الله – : " ومعلوم أن الشريعة توجب ما توجب بحسب الإمكان وتشترط في العبادات والعقود ما تشترطه بحسب الإمكان " ، أي أن مثل هذا العمل لا يخالف أحكام الشريعة التي جاءت على حسب طاقة البشر وإمكاناتهم .

ضمان الطرف الثالث لرأس المال أو له وللربح :

إذا قامت عملية الاستثمار على أساس المداينة مثل أن يبيعه عقاراً بالأجل فالثمن متعلق بذمته وهو مضمون عليه ولا بأس من توثيق الدين بالضمانات الشخصية والرهن ونحو ذلك .
أما إذا اعتمد الاستثمار على عقد الوكالة بحيث يسلم رأسماله إلى مدير يستثمره مقابل أجر أو على أساس تعد المضاربة (القراض) حيث يديرها مقابل نسبة من الربح عندئذ تكون يده في الحالتين على المال يد أمانة فلا يضمن . وجلي أن هذا يترتب عليه مخاطر إضافية فهل يجوز لطرف ثالث أن يتبرع بالضمان فيتحقق غرض المستثمر .
الضمان بحد ذاته من الأمور الجائزة بل هو عمل يثاب فاعله إذا قام به احتساباً ؛ لأن فيه سداً لحاجة المضمون ، أما ضمان طرف ثالث لرأسمال المضاربة فقد صدر به قرار من المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن صكوك المقارضة وجاء فيه :
" ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم ليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد " .

---

(٨) الفتاوى ج٣٠ ص ٢٣٥ .

ولكن هل هناك صيغة تطبيقية لهذا القرار ؟

إن المتأمل في هذا القرار يجد أنه اشترط لصحة ضمان الفريق الثالث عدة شروط هي :

أ- أن يكون الضامن مستقلاً في شخصيته وذمته المالية عن طريق طرفي العقد ، والاستقلال المذكور لا يقتصر على الاستقلال " القانوني " بحيث يكون كل طرف شخصية اعتبارية مستقلة في ظل القانون بل يلزم أن يتحقق الاستقلال المالي فلا يكون الضامن مملوكاً للمضمون (المضارب) لأن هذا يئول إلى ضمان رأس مال المضاربة وهو ممنوع ، فهل يتصور حقاً أن يتبرع شخص أو جهة يتحقق فيها معنى الاستقلال المذكور بالضمان مع ما فيه من مخاطر أو كلفة ؟ إذا وقع ذلك كان ضمانها لا غرض منه إلا مساعدة هذا المستثمر وهذا لعمري غير متصور .

ب-كما اشترط قرار المجمع أن يكون الضمان مجانياً وهل يتصور هذا في عالم الاقتصاد والتجارة ، ومن أقدم على مثل هذا الضمان المجاني فهو مظنة الاستفادة منه فلا يكون متبرعاً حقيقية .

ت-والشرط الثالث : هو استقلال الضمان الذي ينظم عملية الاستثمار كعقد المضاربة مثلاً ويقصد بالاستقلال أن لا ينفسخ عقد المضاربة لو أن الضامن أخفق في الوفاء بالتزامات الضمان أو رجع عنه . ثم أكد القرار ذلك بالقول : " ... ليس لحملة الصكوك ... الدفع ببطلان المضاربة .. بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به "

بمعنى آخر أن يكون سيان لدى المستثمر أن يوجد هذا الضمان أو لا يوجد . وكل ذلك غير متصور.

ولا يخفى أن هذه الشروط لا تتوفر في المعاملات المالية التي يكون غرضها الربح . ولا غرو فإن القرار المذكور للمجمع لم يجر تطبيقه – بقدر ما نعلم – مع الالتزام بشروطه الصارمة . ولا يخفى أن القرار المذكور كان في سياق التمهيد لتطوير ممتلكات الأوقاف في المملكة الأردنية الهاشمية ، والضمان تقدمه الحكومة للمستثمرين باعتبارها طرفاً .

التطوع بالضمان منفصلاً في العملية المضمونة :

بعد أن ظهر جلياً أن تبرع طرف ثالث مستقل بالضمان غير متصور على المستوى التطبيقي ، فهل يجوز التبرع بالضمان من قبل طرف له علاقة بالعملية الاستثمارية مع تحقيق شرط استقلال العقدين عن بعضهما البعض ، بحيث يضمن في عقد مستقل عن عقد المضاربة أو الوكالة .

وصفة ذلك أن يكون بين طرفين معاملة استثمارية يرغب رب المال من المدير استثمار أمواله ، ولذلك ضمان رأس المال أو الربح ، ولكن الضمان إذا شرط في أصل عقد الوكالة أو المضاربة أفسدهما ؛ لأن يد الوكيل والمضارب يد أمانة . فهي بهذا الضمان تنقلب إلى قرض بناء على قاعدة : " العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني " وحقيقة العقد أنه مال مضمون على الوكيل فأشبه القرض ويكون في الزيادة عليه المتمثلة في الربح شبهة الربا .

هذا إذا كان الضمان مشروطاً في العقد ولكن ماذا لو تطوع الوكيل بهذا الضمان بعد العقد ؟ هذه مسألة اختلف فيها الفقهاء . قال في شرح ميارة " .. لا يجوز القراض بالضمان أي باشتراطه على العامل وأما إن تطوع به بعد العقد ففي لزومه رأيان للشيوخ باللزوم وعدمه " [٩] .

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " .. وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف .. " [١٠] .

وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير : " وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف " [١١] .

فلو أخذنا برأي من قال بجواز التبرع بالضمان بعد العقد فإن **من لوازم صحة هذا الضمان تحقق الشروط التالية :**

١- أن يكون تبرعاً حقاً ، قال في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل في باب الضمان " التبرع ما كان من غير سؤال " [١٢] .

أما إذا تواطأ عليه أو كان جزءاً متمماً للعملية الاستثمارية فلا يكون تبرعاً حقيقة وإن سمي كذلك .

---

(٩) شرح ميارة ج ٣ ص ٨٩ .

(١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١٥ ص ٢٣٢ .

(١١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٨ ص ٣٩٧ .

(١٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج١٤ ص ٣١٥ .

٢- لا رجوع على المتبرع لأن التبرع كالهبة لا يقع إلا بالقبض والتبرع لا يتم إلا بالأداء . ولذلك إذا رجع الضامن عن الضمان بعد انعقاد المضاربة أو الوكالة لم يكن للمستثمر أن يلزمه به إذ لا رجوع له عليه إن كان متبرعاً حقاً .

وقد اتجهت بعض الهيئات الشرعية إلى تبني ضابط للاستقلال والانفصال هو أن لا يترتب على انفساخ أحد العقدين انفساخ الآخر . وهو ضابط فعال ولكنه لما كان الفسخ لا يقع إلا بإرادة فإذا اتجهت إرادة العاقدين على بقاء الضمان ما بقي العقد الخاص بالعملية المضمونة ، فإن كان الضابط المذكور لا يعود ذا فائدة .

التداول اليومي المبرمج مع الضمان :

طورت بعض البنوك برنامجاً للحاسب الآلي يستخدمه مديرو صناديق الاستثمار لغرض تحقيق حماية رأس المال في الاستثمار في سوق الأسهم . ويقوم البرنامج على معادلات رياضية معقدة وسرية ذات حقوق محفوظة لأصحابها . يسمح للدير المشترك استخدام البرنامج مقابل رسوم تدفع لمالك البرنامج ، ويقدم مطور البرنامج كجزء من عقد الاستخدام ضماناً لرأس المال بشرط أن يلتزم المدير بما يمليه عليه البرنامج يومياً .

ويقوم عمل البرنامج على تقسيم المبلغ المستثمر (الذي نفترض أنه ١٠٠ مليون) إلى جزأين ، الجزء الأكبر في مرابحة مؤجلة موثقة برهون وضمانات وذات مخاطر متدنية (وفي الصيغة التقليدية يشتري المدير بهذا الجزء سندات دين حكومية) ، أما الجزء الآخر فيستثمر في سوق الأسهم فيحدد البرنامج كل يوم لمدير الصندوق عين الأسهم التي يجب أن يشتريها لذلك اليوم وتلك التي يبيعها ليحصد الربح منها .

ويستند البرنامج إلى حقيقة أن الخسائر (انخفاض سعر التداول) التي يمكن أن تتعرض لها الأسهم في يوم واحد محدودة بنسبة محددة من قبل إدارة السوق (١٠% في بعض الأسواق أو أكثر أو أقل في أسواق أخرى) بعدها يوقف التداول في أسهم الشركة التي تنخفض بتلك النسبة . ولذلك يبدأ البرنامج بتغطية هذه النسبة ابتداءً ثم كلما زاد الربح من الأسهم فإن هذا يعني إمكانية تحمل قدر أكبر من المخاطرة ؛ لن رأس المال أصبح سالماً .

فإذا التزم المدير بما يمليه عليه البرنامج ثم خسر فإن مقدم البرنامج يضمن له رأس المال (دون الربح).

الواقع أن هذا الضمان مستمد من حقيقة أن الاستثمار بناء على تعليمات البرنامج لا يمكن أن يترتب عليه الخسران والحالة الوحيدة التي ٠ ربما) تؤدي إلى الخسارة هي عندما تنخفض أسعار الأسهم في وضع انعدام السيولة أي لا يجد المدير من يشتري منه الأسهم فيستمر مالكاً لها يوماً آخر فتتضاعف الخسائر . ولذلك تكون هذه الحالة مستثناة من الضمان .

مستند القول بجواز العمل بهذا البرنامج :

أجازت بعض الهيئات الشرعية لمديري الصناديق العمل بهذا البرنامج ومستند القول بالجواز ، ما ذهب إليه الحنفية بجواز هذا النوع من الضمان ، قال في الفتاوى الهندية : " ذكر شيخ

الإسلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الصلح ، رجل قال لغيره اسلك هذا الطريق فـــإن أخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ ماله كان الضمان صحيحاً " (١٣) .

وفي رد المحتار : " .. إذا قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضـــامن فإنـــه يضمن " (١٤) .

وفي مجمع الضمانات : " ولو قال لغيره اسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن فأخذ ماله صح الضمان " (١٥) .

---

(١٣) الفتاوى الهندية ج٢٣ ص ٤٣٣ .

(١٤) رد المحتار ٢٠ ص ٢٣ .

(١٥) مجمع الضمانات ج٥ ص ١٦٤ .

صيغة العربون لحماية الاستثمار :

عرف الاستثمار التقليدي هيكلاً الغرض منه حماية رأس المال ويقوم على تقسيم مبلغ الاستثمار (١١٠ مثلاً) إلى جزأين الأول يتكون من ٩٣% (مثلاً) يشتري به مدير الاستثمار سندات دين ذات كوبون صفري ، وهي السندات التي تباع بالمزاد بحسم يمثل سعر الفائدة فإذا كان السند يدفع مبلغ ١٠٠ بعد سنة فيباع بالمزاد بمبلغ ٩٣ (مثلاً) ويكون مبلغ ٧ هو سعر الفائدة .

معنى هذا أننا في نهاية العام سنحصل على مبلغ ١٠٠ وهذا الجزء من الهيكل الخاص بضمان رأس المال لأنه سيكون ديناً في ذمة مصدر السندات فإذا كانت سندات حكومية ، معنى ذلك أن المخاطرة متدنية وأصبح رأس المال مضموناً . أما المبلغ المتبقي وهو ٧ فيشتري به مدير الصندوق اختياراً (وهو عقد يلتزم بموجبه قابض الثمن على أن يبيع للطرف الآخر بالخيار أسهماً بسعر معين في تاريخ معين بينما يكون الطرف الآخر بالخيار) ويتخير المدير أسهماً يتوقع ارتفاع سعرها فإذا حصل المتوقع اشترى تلك الأسهم بالثمن المتفق عليه ثم باعها في السوق فأدرك الربح من الصفقة وبذلك يحصل للمستثمرين سلامة رأس مالهم مع الربح الوفير ، أما إذا لم ترتفع أسعار الأسهم المقصودة كما توقع المدير فإنه لن " يمارس الاختيار " وتكون خسارته هي ما دفع ثمناً للاختيار ويكون قد تحقق للمستثمرين سلامة أموالهم .

فما كان من مديري الصناديق في البنوك الإسلامية إلا أن تبنوا هيكلاً يؤدي إلى نفس النتيجة إلا أنه معتمد على صيغة بيع العربون .

والطريقة هي أن يقسم رأس المال (١٠٠ مثلاً) إلى جزأين الأول يمثل ٩٣ ، فيدخل فيه المدير في مرابحة مع جهة موثوقة وذات مخاطر متدنية وبربح قدره ٧ فيتحقق حماية رأس المال إذ سيحصل في نهاية العام على ١٠٠ .

أما ما بقي وهو ٧ فيدخل فيه المدير مع أحد بنوك الاستثمار في عقد بيع أسهم على أساس العربون فيشتري أسهماً ثمنها ٧٠٠ ويدفع مبلغ ٧ عربوناً فإذا حصل الارتفاع في ثمن الأسهم أمضى العقد وقبض الأسهم فباعها (مثلاً بـ ٨٠٠) ثم دفع الثمن إلى البائع واختص الصندوق بمبلغ ١٠٠ فيتحقق ربح عظيم للمشاركين . وإذا لم يحصل الارتفاع المتوقع فما على المدير إلا أن يعرض عن إمضاء العقد ولن يسترد مبلغ ٧ الذي دفعه عربوناً في عقد الشراء آنف الذكر ، ولكن تتحقق السلامة لرأس مال المستثمرين . وبهذا تتحقق نفس النتيجة الاقتصادية لحماية رأس المال ولكن بطريقة مشروعة .

وصيغة بيع العربون كما وردت في كتب الفقه هي : " أن يشتري أو يكتري سلعة (ويعطيه شيئاً) من الثمن (على أنه) أي المشتري (إن كره البيع تركه) للبائع وإن حاسبه به أو تركه " [١٦] .

وقد اختلف الفقهاء في بيع العربون فعده جمهور الفقهاء من أكل أموال الناس بالباطل وأجازه الحنابلة.

قال في شرح المنتهى : " (و) يصح (بيع العربون) ويقال أربون (و) يصح إجارته أي العربون " [١٧] .

وقال في المغني : " قال الأثرم قلت لأحمد تذهب إليه قال أي شيء أقل هذا عمر " [١٨] .

وقد صدر بجواز بيع العربون قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي برقم ٣٧٢/٨ بشأن العربون حيث نص على ما يلي : " يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدد ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء " .

الوعود المتبادلة المختلفة في محل الورود :

ومن الترتيبات التي اتخذتها بعض البنوك لتحقيق الحماية لعملائها المستثمرين طريقة تقوم على إصدار وعد ملزم بالشراء من قبل البنك يستفيد منه المستثمر يلتزم البنك بموجبه بشراء الأصول المملوكة للعميل في تاريخ محدد بثمن محدد ، ولكنه شراء معلق على شرط هو أن يكون ثمنها الجاري في السوق أقل من مستوى معين متفق عليه (١٠٠ مثلاً) فتحققت الحماية للمستثمر ، وفي المقابل يقدم العميل المستثمر وعداً ملزماً بالبيع للبنك معلقاً على شرط مفاده أنه عند حلول الأجل إذا كان السعر الجاري في السوق يزيد عن ١٠٠ فإنه يلتزم ببيع تلك الأصول إلى البنك بمبلغ ١٠٠ . فإذا حل الأجل وكان السعر الجاري يزيد عن ١٠٠ قدم إيجاباً بالبيع إلى البنك بناء على الوعد الملزم .

---

(١٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٦ ص ٣٤٧ .

(١٧) شرح منتهى الإرادات ج٤ ص ٤٢٥ .

(١٨) المغني ج٨ ص ٤٣٠ .

والمحصلة النهائية لهيكل الاستثمار هي أن هذه الأصول سوف يبيعها ويشتريها البنك بمبلغ ١٠٠ لأن السعر الجاري في السوق لا يخرج عن أن يكون عند حلول الأجل أقل أو أكثر من مئة .

(فإن كان مئة كان بيعها إلى البنك أو في السوق سيان للمستثمر وكذا شرائها – من المستثمر أو من البنك سيان بالنسبة للبنك) .

فإذا أراد العميل المستثمر الاستفادة من هذا الترتيب فما عليه إلا أن يوكل البنك بأن يشتري له أسهماً (على سبيل المثال) في اليوم الأول ثم تصدر الوعود من الطرفين ، فإذا حل الأجل وقع التنفيذ فحصل العميل على رأسماله وعلى ربح محدد سلفاً .

وجلي أن العميل قد حصلت له الحماية التامة من تقلبات أسعار السوق ولكن في نفس الوقت ليس له أن يحقق ربحاً عالياً في حال ارتفاع سعر الأسهم في السوق .

ويناقش في مثل هذا الترتيب مسائل :

الأولى : هل هذه وعود مستقلة عن بعضها البعض أم هي مواعدة ؟

أما المواعدة ، فقد صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي قرار بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء (برقم ٤٠ – ٤١ / ٥/و ٣/ ٥) في ديسمبر ١٩٨٨ م ، وقد نص على أن " المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما ، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط أن يكون البائع مالكاً للمبيع ... "

ولكن أصحاب هذا المنتج الاستثماري يقولون بأن ما يصدر عن البنك والمستثمر ليس مواعدة لأن المواعدة تقع على محل واحد في وقت واحد كأن يقول الواعد الأول : أعدك أن أشتري منك كذا بثمن قدره مائة في تاريخ كذا ، ثم يقوم الواعد الثاني : أعدك أن أبيع إليك ذلك الشيء بنفس الثمن في ذات التاريخ ويكون كل منهما واعداً وموعوداً فإذا وقع التنفيذ وردت الوعود على محل واحد .

أما الطريقة المقترحة :

فلا يقع الوعد الأول والثاني فيها على محل واحد ، فالوعد الأول معلق على شرط أن يكون الثمن السوقي أعلى من ١٠٠ ، والثاني شرطه أن يكون أقل من ١٠٠ فإذا حل الأجل جرى تنفيذ أحد الوعدين .

ولهذا اتجهت الهيئات الشرعية التي أجازت هذا الترتيب إلى قبوله إذ لم تجد فيـــه محظـــور المواعدة التي تشبه العقد ، حيث ينفذ وعد واحد فقط ولا يمكن أن ينفذ الوعدان في وقت واحد .

والحمد لله رب العالمين